

que las unía era un contrato, y por contrato entraban los nuevos asociados. La relación del señor y los vasallos se determinaba en su origen por un pacto expreso, y el que entraba por recomendación ó infeudación sabía expresamente en qué condiciones le admitían.

La diferencia del feudalismo y de las instituciones primitivas estriba, por tanto, en el contrato. El señor tenía analogías con el patriarca, pero estaba sujeto á multitud de costumbres, originadas de las condiciones del convenio en que la infeudación se hizo. De aquí proceden sus principales diferencias con las comunidades primitivas. El feudalismo es más variado y más duradero; más duradero, porque las reglas formales duran más que las costumbres instintivas: más variado, porque los contratos originales se regulaban detalladamente, según la situación y los deseos de quienes daban ó abandonaban las tierras.

Esto obliga á rectificar las opiniones vulgares sobre el origen de la sociedad moderna. Se dice que los aspectos variados é irregulares de nuestra civilización se deben al genio exuberante y fantástico de los germanos, contrario á la tosca rutina del imperio romano. Pero lo cierto es que éste ha legado á la sociedad moderna la idea jurídica á que se deben esas irregularidades, porque si algún carácter seguro tienen las costumbres é instituciones bárbaras, es la excesiva uniformidad.

CAPITULO X

HISTORIA PRIMITIVA DE LOS DELITOS Y LOS CRÍMENES

Los Códigos teutónicos, incluso los de nuestros antepasados anglosajones, son los únicos cuerpos del derecho primitivo de cuyas dimensiones podemos formar idea exacta. Aunque de los fragmentos de Códigos romanos y helénicos que tenemos se deduce su carácter general, no son tan importantes que nos aseguren de su extensión ni de la proporción de sus partes. Pero, en suma, todas las colecciones conocidas de leyes antiguas se distinguen claramente de los sistemas perfeccionados de derecho en la desproporción de las leyes civiles y criminales. En los Códigos germanos las disposiciones de derecho civil son insignificantes al lado de las de derecho criminal. Las tradiciones sobre las atroces penas del Código de Dracón parecen indicar el mismo carácter. Sólo en las XII Tablas, producidas por la sociedad de mayor genio jurídico y de más dulces costumbres primitivas, las disposiciones del derecho civil ocupan más lugar, como en los Códigos modernos; de todos modos, fué grande, aunque no enorme el espacio de las disposiciones penales.

Cabe afirmar que cuanto más antiguo es un Código más número y minuciosidad tienen sus preceptos penales. Algunos explican este fenómeno, con cierta exactitud, por la violencia que existía en las sociedades al empezar á escribir sus leyes; el legislador, dicen, dividió su obra conforme á la frecuencia de los accidentes de la vida bárbara. Sin embar-

go, no creo completa esta explicación. La esterilidad relativa del derecho civil en las colecciones primitivas se relaciona con los caracteres del derecho antiguo expuestos en este libro.

Nueve décimas partes del derecho civil adelantado se refieren á las personas, la propiedad, las sucesiones, los testamentos y los contratos; y es evidente que todas estas ramas tienen límites tanto más estrechos cuanto más se acercan á la infancia de la sociedad. El derecho de las personas, ó sea el relativo al estado de las mismas, se encierra en límites estrechísimos cuando todas ellas viven sometidas al poder paternal, sin derecho en la mujer contra el marido, ni en el hijo contra el padre, ni en el pupilo contra los agnados tutores. Tampoco podía haber muchas reglas sobre propiedad y sucesiones cuando la tierra y los bienes se trasmitían por familias, sin que ninguna distribución saliese del círculo de las mismas. Y mucho mayor es el vacío de aquel derecho respecto del contrato, que algunos Códigos primitivos no mencionan; al paso que otros atestiguan que las nociones morales en que se basa el contrato no habían adquirido madurez, limitándose la jurisprudencia á la regulación minuciosa del juramento. En cambio, no había motivos iguales para la pobreza de la ley penal; y aunque sería aventurado sostener que la infancia de las naciones es siempre un período de violencia desenfrenada, se comprende bien la diferencia de extensión del derecho civil y del penal entre los antiguos y los modernos.

He hablado de la preferencia que el derecho primitivo concedía á los preceptos penales respecto de civilizaciones más adelantadas. Hablo así por la comodidad del lenguaje, pero, en realidad, las disposiciones numerosas de los antiguos Códigos, examinadas atentamente, no pertenecen al verdadero derecho penal. En todos los pueblos civilizados se distinguen las ofensas al Estado y á la sociedad y las hechas á los individuos; dos clases de infracciones, que podemos llamar ahora, aunque no siempre se hayan llamado igual, crímenes y delitos. Pues bien: la ley penal de las antiguas sociedades no castiga los crímenes, sino sólo los delitos, en inglés *torts*. El ofendido dirigía al ofensor una acción civil ordinaria, y si él se negaba á aceptar la cues-

tión, era condenado á pagar una suma como indemnización de daños y perjuicios.

En los comentarios de Gayo al capítulo de derecho penal de las XII Tablas, figura, á la cabeza de los daños civiles reconocidos por la ley, el hurto, *furtum*. Las ofensas que hoy consideramos crímenes se consideraban daños: y no sólo el hurto, sino también el ataque y el robo á mano armada los unía el jurisperito al allanamiento de la propiedad ajena y á la difamación escrita ó verbal. De todos nacía una obligación ó *vinculum juris*, y todos se castigaban con pago de cantidad. Esta particularidad es más chocante aún en las colecciones de leyes germánicas, que tienen todas un inmenso sistema de compensaciones en dinero para el homicidio, y casi todas otro también extenso para ofensas menos graves. «En la ley anglosajona, escribe Kemble, la vida de todo hombre libre se tasaba en dinero, según su rango: una cantidad compensaba las heridas que podían causársele, y casi todos los daños posibles en sus derechos civiles, en su honor, en su tranquilidad: cantidad variable según las circunstancias de la ofensa». Estas compensaciones se consideraban sin duda como fuente de ingresos; reglas complicadas definían el derecho del que las pretendiera y la responsabilidad del pagador. En otro sitio queda dicho de qué modo especial se sucedía en ellas si no se pagaban antes de la muerte del ofendido.

Si, pues, se llama daño ó delito la ofensa hecha á un particular, no al Estado, cabe afirmar que, en la infancia del derecho, no era el penal propiamente dicho, sino el relativo á daños, quien protegía al ciudadano contra la violencia y el fraude. Por eso en el derecho primitivo ocupan gran lugar los daños, como por otra parte se habla también de los pecados. Es natural que se hable en los Códigos teutónicos, porque los que poseemos fueron confirmados ó reformados por legisladores cristianos; pero también en otros Códigos no cristianos se castigan actos y omisiones como infracción de los mandatos de Dios. Las leyes del Areópago de Atenas eran quizá un Código religioso; como en Roma, antiquísimamente el derecho pontifical era quien castigaba el adulterio, el sacrilegio y acaso la muerte. Había, por tanto, en ambos sitios leyes penales contra los pecados y otras contra los

delitos; producto las primeras de la idea de ofensas á la divinidad, y las segundas de la de ofensas al prójimo.

La idea de ofensas al Estado ó al conjunto de ciudadanos no produjo al principio verdadero derecho criminal; pero no es creíble tampoco que idea tan simple y elemental faltara completamente. Lo que parece es que la falta de derecho penal dependió de haber comprendido la idea de una manera distinta. Siempre que la sociedad romana comprendió que era ofendida, creyó análoga esta ofensa á la hecha á un individuo, analogía que se llevó al último extremo y por la que el Estado vino á vengarse del ofensor por actos un tanto personales.

Al principio de la República, toda ofensa grave á su seguridad ó intereses se castigaba por una ley especial. Esta es la primera concepción del *crimen*; acto tan trascendente, que el Estado lo separa del tribunal civil y religioso, y lo castiga con una ley, *privilegium*. Así, la acusación tomaba forma de condena, y el procedimiento contra el criminal era totalmente extraordinario é irregular, no sujeto á reglas fijas ni condiciones definidas. De modo que no había en aquella época ni jurisprudencia ni leyes criminales; el único tribunal era el soberano mismo, y no se podían clasificar los actos prescritos ó prohibidos. El procedimiento era igual al de una ley; dirigido por las mismas personas y con las mismas formalidades.

Se nota que, aun después de formado un derecho penal regular, con magistrados para aplicarle, siguió en vigor el antiguo procedimiento, á juzgar por la conformidad de la teoría con la práctica; y aunque tenía ya menor crédito, el pueblo romano siguió usando su poder de castigar por leyes especiales las ofensas á la majestad del mismo. Los versados en la literatura clásica saben que la ley *Esagelia*, relativa á las penas entre los autenienses, sobrevivió al establecimiento de tribunales ordinarios. En las razas teutónicas, las ofensas de gravedad especial ó realizadas por criminales de rango, se juzgaban también por la asamblea legislativa; y de igual índole era la jurisdicción del Wite-nagemot anglo sajón.

Obsérvase que la diferencia señalada entre los antiguos y los modernos, respecto á leyes penales, sólo existe en las

palabras. Aunque la comunidad castigaba legislativamente los crímenes, sus tribunales intervenían desde luego para obligar al ofensor á *componer* la ofensa; lo que demuestra que la comunidad se consideraba también ofendida. Solo que, por rigurosa que sea esta conclusión, no es fácil que la obtuvieran nunca los hombres de la antigüedad primitiva. Que la idea de una ofensa á la comunidad no tenía que ver con la intervención primitiva de los tribunales del Estado, se demuestra por el hecho de que estos procedían imitando exactamente la serie de actos con que los particulares disputaban primero y dejaban después apaciguar la querrela. El magistrado imitaba exactamente la posición de un árbitro nombrado por la suerte.

Probaré esta afirmación, para demostrar que no es fantástica. El procedimiento más antiguo que conocemos seguramente es la *legis actio sacramenti* romana, origen positivo del derecho romano sobre acciones. Gayo describe cuidadosamente el ceremonial de esa acción, que, insignificante y grotesca al parecer, podemos comprender é interpretar con un poco de atención.

Supongamos ante el tribunal el objeto del litigio. Si es un mueble está él mismo; si un inmueble, están un fragmento ó una muestra; la tierra se representa por un terrón; una casa por un ladrillo. En el ejemplo de Gayo, el objeto es un esclavo. El demandante avanza, con una varilla que, según expresa Gayo, representa una lanza; toma al esclavo y afirma su derecho sobre él de este modo: «*Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse dico, secundum suam causam, sicut dixi*»: después añade: «*Ecce tibi vindictam imposui*», y le toca con la lanza. El demandado dice iguales palabras y hace iguales ceremonias. Entonces el pretor interviene, ordenándoles dejar la presa: «*mittite ambo hominem*». Ellos obedecen y el demandante pregunta al demandado el motivo de su intervención: «*Postulo anne dicas quid ex causa vindicaveris*». El demandado responde con nueva afirmación de su derecho: «*Jus peregi sicut vindictam imposui*». Entonces el demandante ofrece apostar una cantidad (*sacramentum*) por la justicia de su causa: «*Quando tu injuria provocasti, D aris te provoco*». El demandado responde: «*Similiteu ego te*», y acepta la apuesta.

El procedimiento posterior no era ya fijo, advirtiendo que el pretor tomaba garantías del *sacramentum*, que iba siempre á las arcas del Estado.

Este era el preliminar necesario de todo antiguo litigio en Roma. Es innegable la opinión de que era un drama el origen de la justicia. Dos hombres armados disputan sobre un objeto. El pretor, *vir pietate gravis*, pasa por azar é interviene en la disputa. Los dos hombres le exponen el asunto y le eligen árbitro, sobre la base de que el condenado pierda además del objeto una cantidad que se concede al árbitro en remuneración de su trabajo y su tiempo. A la probabilidad de esta interpretación, se une la coincidencia de que la ceremonia que describe Gayo, como necesaria en la *legis actio*, es en sustancia la misma que, según Homero, grabó el dios Hephaistos en uno de los cuadros del escudo de Aquiles. El objeto de la disputa, en la escena descrita por Homero, como si se hubiera propuesto caracterizar la sociedad primitiva, es la composición para un homicidio; uno que afirma que la ha pagado y otro que no la ha recibido. Esta escena equivale á la práctica primitiva de Roma, por la recompensa destinada á los jueces. Dos talentos de oro, colocados entre ellos, debían ser entregados al que mejor explicara, á juicio de los presentes, las razones de la decisión.

La importancia de esta suma, dada la poca que tenía el *sacramentum*, indica, á mi juicio, lo distintas que son una costumbre flotante y otra transformada en derecho. La escena que describe el poeta es viva y característica, pero sólo accidental; un detalle de la vida de la edad heroica, convertido, al empezar la historia del procedimiento civil, en forma ordinaria y habitual de abrir la instancia. Por eso es natural que en la *legis actio* la remuneración del juez esté reducida á una suma razonable, y que en vez de darla á un árbitro por aclamación popular, se pague siempre al Estado, á quien representa el pretor.

Pero es indudable que los detalles tan vivamente descritos por Homero y Gayo con toda la precisión del lenguaje técnico, tienen en el fondo igual sentido; lo que se confirma por la opinión de muchos que han estudiado las primeras costumbres de Europa moderna, observando que las multas

impuestas al principio por los tribunales eran verdaderos *sacramenti*. El Estado no cercenaba al demandado la compensación del daño que le hubieran hecho; pero si tomaba parte de la concedida al demandante, simplemente como precio de su tiempo y su trabajo. M. Kemble atribuye expresamente ese carácter al *bannum* ó *fredum* anglo-sajón.

El antiguo derecho tiene otras pruebas más de que los primeros administradores de la justicia imitaban los actos que realizarían las personas envueltas en una disputa privada. Al regular los daños del asunto, tomaban por medida la venganza que podría ejercer el ofendido, dadas las circunstancias del asunto. Así se explica la diferencia de penas impuestas al criminal sorprendido *infraganti*, y al descubierto con mucha posterioridad. Hay ejemplos notables de esto en el derecho romano relativa al robo. La ley de las XII Tablas parece que distinguió los robos manifiestos y los no manifiestos, castigándolos de una manera muy distinta. El autor del robo manifiesto, cogido en la misma casa ó al tratar de huir con su botín, era condenado á muerte siendo esclavo, y siendo libre quedaba por esclavo del robado. Al autor del no manifiesto, cogido en otras circunstancias distintas, se le imponía solamente la obligación de restituir el duplo de lo robado. En tiempo de Gayo, la severidad excesiva de las XII Tablas para el robo manifiesto se había naturalmente endulzado, pero aún se castigaba al autor con la restitución del cuádruplo, mientras que el del no manifiesto seguía siendo el duplo.

Sin duda el legislador pensaba que el propietario robado, obrando por sí mismo, sería muy severo en el primer momento, pero no lo sería tanto de descubrirse al ladrón más adelante; y sobre esto se basaba la diferencia de penas de la ley. El mismo principio se halla precisamente en el Código anglo-sajón y en las demás leyes germánicas; que permitían colgar ó decapitar al ladrón perseguido y cogido con lo robado, haciéndolo en el acto mismo; y castigaban como homicida á quien le matara después de abandonada la persecución.

Se ve en estas antiguas distinciones la diferencia de un derecho primitivo y otro refinado. De las cosas más difíciles para el juez moderno es distinguir el grado de crimina-

lidad de distintos actos comprendidos en la misma definición. Es fácil decir si un hombre ha cometido homicidio, robo ó bigamia; pero es muy difícil generalmente decir hasta qué punto es culpable moralmente y, por tanto, el grado de pena en que ha incurrido. Hoy no hay dificultad apenas en la casuística ó en el análisis de los motivos de cada caso para determinar éste con precisión; y esto depende de que las leyes modernas tienden cada vez más á evitar definiciones precisas en este punto. En Francia se deja al Jurado el decidir si en el crimen que reconoce han concurrido circunstancias atenuantes; en Inglaterra tiene el juez una amplitud casi ilimitada en la elección de la pena, y en todos los Estados se reserva, como remedio contra los errores legales, la gracia de indulto, atribuida al más alto magistrado.

Es curioso notar lo poco que sintieron estos escrúpulos los hombres primitivos, su persuasión de que los sentimientos de la persona ofendida daban la medida de la imposición de las penas y la exactitud con que siguieron los movimientos probables de sus pasiones, al fijar el grado de la penalidad. Desgraciadamente, su método penal no está totalmente abandonado; hay muchos sistemas de legislación moderna que justifican en casos de delito grave y flagrante cualquier exceso del ofendido contra el ofensor; indulgencia que parece ininteligible vista superficialmente, pero que se funda, á mi juicio, en un estado moral muy bajo.

He dicho que las consideraciones sobre que las sociedades antiguas crearon un verdadero derecho penal eran muy simples. El Estado se consideraba ofendido y la asamblea popular castigaba al ofensor por medio de una ley. Es cierto además que en el antiguo mundo, aunque no en el moderno, los primeros tribunales criminales eran simples subdivisiones ó comisiones del poder legislativo. Esta es siempre la conclusión histórica respecto de los grandes Estados de la antigüedad, bastante clara en uno y segura en otro.

Primeramente en Atenas se confiaba el castigo de las ofensas parte á los arcontes, que parece las castigaban como daños, y parte al areópago, que los castigaba como pecados. Estas dos jurisdicciones pasaron á la Helicea, alto tribunal de justicia popular, y los arcontes y el areópago se hicieron

secundarios ó insignificantes. Pero *Helicea* es la antigua palabra que designó la asamblea; la Helicea de los tiempos clásicos era sencillamente la asamblea popular para dictar justicia, y los famosos dikasterios de Atenas las subdivisiones ó secciones de las mismas. Los cambios correspondientes en Roma son aún de más fácil interpretación, que los romanos se limitaron al derecho penal, sin establecer, como en Atenas, tribunales populares para las causas civiles y para las criminales.

La historia del derecho penal romano comienza en los *judicia populi*, presididos dícese que por los reyes; y que eran simplemente procesos solemnes formados á los grandes criminales en forma legislativa. Parece, sin embargo, que, desde muy antiguo, los comicios solían delegar su jurisdicción criminal en una *questio* ó comisión, relacionada con la asamblea lo mismo que una comisión de la Cámara de los Comunes con esta Cámara; salvo que los *questores* romanos, lejos de limitarse á informar á los comicios, ejercían todos los poderes de ellos, hasta el de dictar sentencia condenatoria. Cada *questio* estaba encargado de fallar en una ofensa especial; pero nada impedía que dos ó tres *questiones* actuasen al mismo tiempo; y probablemente habría muchas á la vez cuando muchas á la vez fueran las ofensas graves contra la República. Hay datos para creer que á veces estas *questiones* se parecían á nuestras comisiones permanentes (*standing committees*), por ser nombradas periódicamente y sin haberse cometido un crimen. Los antiguos *questores parricidii*, de que se habla respecto á asuntos muy antiguos, como encargados de juzgar (instruir y juzgar, dicen algunos autores) los casos de parricidio y de muerte, parece que eran nombrados todos los años; y los *dunmoiri perduellionis*, comisión de dos miembros para juzgar las ofensas violentas á la república, se nombraban también periódicamente, á juicio de muchos escritores.

La jurisdicción delegada de estos funcionarios nos lleva á tiempos más modernos. En vez de nombrarlos cuando se cometían crímenes de Estado, se les daba jurisdicción general sobre los que podrían cometerse. Las palabras *perduellio* y *parricidium* demuestran además que iba llegando un derecho penal regular, é indican ya algo parecido á una

clasificación de los delitos. Sin embargo, el verdadero derecho criminal no nació hasta el año 419 antes de J. C., al publicar Calpurnio Piso la ley llamada *Calpurnia de repetundis*. Esta ley se aplicaba á los asuntos *repetundarum pecuniarum*, reclamaciones de los habitantes de las provincias para el reembolso del dinero percibido indebidamente por los gobernadores generales; pero su importancia grande y duradera fué la de establecer la *questio perpetua*.

Una *questio perpetua* era una comisión permanente; distinta, por lo tanto, de la nombrada temporalmente para un crimen. Era un tribunal criminal regular, que nacía en la ley que lo creaba y seguía hasta abolirlo otra ley. Sus miembros no eran nombrados personalmente como en las antiguas *questiones*, pero la ley determinaba el modo de elegir los jueces en clases determinadas, y de renovarles por reglas definidas. Las ofensas de que conocía eran también señaladas y definidas por la ley; y la *questio* juzgaba y condenaba á todos aquellos cuyos actos entraban en la definición del crimen que daba la ley. Era, por lo tanto, un tribunal criminal regular, aplicando una verdadera legislación criminal regular.

La historia penal primitiva se divide, por tanto, en cuatro épocas. En cuanto la idea de *crimen*, separada de las de *daño* y *pecado*, se aplica á las ofensas contra el Estado y la comunidad, se vé desde luego que ésta, aplicando la idea literalmente, obra por modo directo y actos especiales contra el autor del mal. Este es el punto de partida: cada acusación es un decreto penal, una ley especial señalando al delincuente é imponiendo el castigo. La segunda época nace cuando la multiplicidad de crímenes obliga á nombrar *questiones* encargada cada una de una acusación particular, y de imponer el castigo correspondiente, si es fundada. Viene la tercera época cuando en vez de nombrarse una *questio* á cada crimen cometido, se nombra periódicamente comisarios, como los *questores parricidii* y los *duumviri perduellionis* para los crímenes que puedan cometerse en adelante. Se llega á la última época cuando en vez de nombrarse accidental ó periódicamente las *questiones* se convierten en cámaras permanentes, haciendo de los jueces la ley una clase determinada para el porvenir, sujeta á ciertas

formas, definiéndose en general los actos que han de considerarse crímenes, y castigándose con penas determinadas para cada especie.

A haber subsistido más tiempo las *questiones perpetue* hubieran acabado por ser una institución independiente, próximamente de igual relación con los comicios que nuestros tribunales con el soberano, fuente teórica de toda justicia. Pero el despotismo imperial las destruyó antes de olvidarse su origen, y los romanos las consideraron siempre como poder delegado. Se miraba la jurisdicción penal como atributo del poder legislativo, sin que el ciudadano dejara de ver nunca, tras de las *questiones*, una delegación de ciertas funciones legislativas de los comicios.

De considerar así las *questiones*, aun después de hacerse permanentes, como comisiones de la asamblea popular y cuerpos subalternos de una autoridad superior, nacieron importantes consecuencias jurídicas que se notan aún en el último período del derecho penal. En primer lugar, los comicios siguieron juzgando por decretos é imponiendo penas mucho después de establecerse las *questiones*. Aun siendo cómodo para él, el poder legislativo no abandonó á cuerpos extraños sus poderes: al lado de las *questiones* siguieron juzgando los comicios durante toda la república, y á la asamblea de las tribus se acudió siempre que surgía la indignación popular. De esta dependencia de las *questiones* nació otra particularidad en las instituciones de aquel tiempo: la desaparición de la pena de muerte; frecuentemente citada por los escritores del siglo XVIII, como signo del carácter romano y como fundamento de reformas en la sociedad moderna.

Pero es indudable que aquella desaparición fué fortuita. De las tres formas sucesivas del poder legislativo en Roma, se sabe que una representaba á la ciudad como cuerpo militar: los *comitia centuriata*. Esta asamblea, por tanto, tenía todos los poderes que se suponen convenientes á un general en jefe del ejército; y entre ellos el de someter á su jurisdicción, como á un soldado por disciplina, á cuantos cometieran alguna ofensa. Podían, en su virtud, imponer la pena capital. Pero los *comitia curiata* y los *tributa* no podían imponerla: uno y otro estaban sujetos al carácter

sagrado que por el derecho y la religión tenía el ciudadano de murallas adentro; y los *comitia tributa* positivamente sólo podían castigar con multa.

Mientras la jurisdicción criminal, atribuida al poder legislativo, se ejercía coordinadamente por la asamblea de las centurias y la de las tribus, fué fácil acudir á aquella para la imposición de las penas más severas á los delitos más graves; pero la asamblea de las tribus, más democrática que las otras, la fué reemplazando poco á poco, quedando como poder legislativo ordinario al fin de la república. Y como entonces se establecieron las *questiones perpetua*, nacidas por decretos de una asamblea legislativa que no podía castigar á muerte, y limitadas en sus atribuciones y poderes, como comisiones judiciales de autoridad delegada, por los del cuerpo delegante, si la asamblea de las tribus no podía condenar á muerte, tampoco pudieron naturalmente los *questiones*:

No fué simpática esa desaparición á la antigüedad, como lo es ahora: es muy dudoso que sirviera para mejorar el carácter romano, y seguro que molestaba á la constitución del pueblo. Como todas las instituciones históricas, la pena de muerte es necesaria en cierto grado de civilización. Hay épocas en que su desaparición contradice los dos grandes instintos que dan base á todo derecho penal: la suficiente venganza de la comunidad contra el criminal y la ejemplaridad del castigo respecto de los que quieren imitarle. La imposibilidad de condenar á muerte los tribunales de Roma, fué origen directo y evidente de aquellas afrentosas *proscripciones*, durante las cuales se suspendía toda ley, como único medio concedido á la violencia de los partidos para satisfacer sus deseos de venganza. Nada contribuyó tanto como aquella suspensión periódica de las leyes á la decadencia política de Roma; puede creerse que desde la primera vez que se acudió á ella, la ruina de la libertad romana se hizo inevitable. Si los tribunales hubieran podido satisfacer la pasión popular, se hubiesen pervertido, sí, las formas procesales, como en Inglaterra, durante los últimos Stuardos; pero no se hubiera modificado tan profundamente el carácter nacional, ni debilitádose seriamente la estabilidad de las instituciones.

Otras dos singularidades ofrece el sistema penal romano por efecto de aquella teoría del poder judicial: la extrema multiplicidad de tribunales criminales, y la clasificación caprichosa é irregular que caracterizó siempre aquel derecho. Toda *questio*, perpetua ó no, era nombrada en una ley especial, de la que nacía su autoridad, y donde se le señalaban el crimen de que iba á ocuparse, y los límites á que se sujetaría. Como cada ley estableciendo una *questio* se fundaba en circunstancias especiales, y se destinaba á castigar los actos considerados por el momento como más peligrosos ó abominables, no había entre ellas coordinación ni principio común alguno. Había, por tanto, veinte ó treinta derechos penales á la vez, con otras tantas *questiones*, sin que durante la república se pensara en fundir en uno todos esos cuerpos, ni de ordenar los preceptos de las leyes que los nombraban y regulaban.

Esta situación de las jurisdicciones criminales de Roma se parece mucho á la justicia civil inglesa, cuando aún nuestros tribunales de derecho consuetudinario no habían empezado á establecer las ficciones legales en sus fallos. El Banco de la Reina, los tribunales ordinarios y el del Echiquier, emanaban todos de una autoridad superior, y conocían de los asuntos que ésta les había delegado; sólo que en Roma las *questiones* eran más de tres, y se hacía infinitamente más difícil distinguir los actos de la jurisdicción de cada uno de los tres tribunales de Wetsminter Hall.

La dificultad de determinar exactamente la competencia de las *questiones*, producía en aquellos tribunales un gran inconveniente; se ve con extrañeza que, cuando no era claro á qué clase pertenecía una ofensa, podía citarse al acusado ante varias *questiones*, para que alguna se declarara competente; y que la condena dictada por una de ellas impedía el conocimiento de las otras, pero no así la absolución. Esto era directamente contrario á la regla del derecho civil romano, y es seguro que un pueblo tan sensible como aquél á las anomalías (faltas de elegancia, que decían gráficamente ellos), no lo hubiera soportado mucho tiempo, á no ser porque la triste historia de las *questiones* hacía mirar éstas como arma de ocasión de las facciones, más que como instituciones permanentes para la represión del crimen.

Los emperadores quisieron abolir aquellos tribunales múltiples, siempre en conflicto; pero es chocante que no tocaran también la arbitrariedad en la clasificación de los crímenes, nacida en parte del número de *questiones*, y conservada hasta en el *Corpus juris*. De hecho, cada *questio* limitaba su jurisdicción á los crímenes señalados por la ley que la constituía, los cuales sólo se agrupaban por la misma necesidad de castigo que producía la ley. Pero, aun no teniendo nada de común necesariamente, el estar sometidos á la misma *questio* impresionaba la atención pública, y tan firmemente llegó á asociarlos la opinión que, al tratar Sila y Augusto de consolidar el derecho criminal, conservaron aquellos grupos de ofensas.

Nada más extraordinario que algunas clasificaciones de Sila y Augusto, en cuyas leyes se basa el derecho penal del imperio. Baste decir que el perjurio figuraba en el grupo de las heridas con arma blanca y del envenenamiento, sin duda porque una ley de Sila, *lex Cornelia de sicariis et beneficiis*, encargó de esos tres crímenes á una misma comisión permanente. Este modo caprichoso de agrupar los crímenes, debió de influir en el latín vulgar romano. Se tomó naturalmente la costumbre de designar todas las ofensas por el nombre de la primera de la lista, con que se designaba también el tribunal encargado de juzgarlas. Así, todas las juzgadas por la *questio de adulteriis* se llamaban adulterios.

He insistido sobre la historia y el carácter de las *questiones*, porque es lo más saliente de la formación del derecho criminal. Desde las últimas *questiones*, añadidas por Augusto, ya tuvieron los romanos un derecho penal bastante completo. Al engrandecerse este derecho, empezó la conversión de delitos en crímenes, porque no aboliendo el poder legislativo la acción civil para las ofensas atroces, el ofendido tuvo en ella un recurso preferible. Sin embargo, aun después de las leyes de Augusto, se siguió considerando daños muchas ofensas que hoy se consideran crímenes, y no empezaron á castigarse como tales hasta una época posterior, incierta, en que se habla ya de ofensas nuevas que llamó el Digesto *crimina extraordinaria*.

Eran, sin duda, actos que la teoría romana creía daños,

pero la idea creciente de la majestad social repugnó que sólo produjesen á su autor obligación de daños y perjuicios. Las personas ofendidas parece que empezaron á poder perseguirlos como crímenes *extra ordinem*, es decir, por un procedimiento algo distinto del ordinario. Desde que por primera vez se reconoció esos crímenes, la lista de éstos en el imperio romano debió ampliarse tanto como en cualquier Estado moderno.

Es inútil describir detalladamente el modo de administrar justicia en Roma; pero tauto la práctica como la teoría han influido poderosamente en la sociedad moderna.

Los emperadores no abolieron de pronto las *questiones*, sino que empezaron por dar jurisdicción criminal muy extensa al Senado, en el que, por servil que parezca, el emperador sólo figuraba como un senador. Pero el príncipe reclamó desde luego una especie de jurisdicción, la cual, al irse borrando el recuerdo de las libertades públicas, tendió á engrandecerse á costa de los antiguos tribunales. Poco á poco se fué encargando de castigar los crímenes á magistrados que nombraba por sí el emperador, y el Consejo privado imperial, recogiendo las funciones del Senado, se hizo tribunal de apelación suprema en materia penal.

Así se formó insensiblemente la doctrina, aún admitida, de que el soberano es fuente de toda justicia y depositario de toda gracia, no tanto por efecto de la adulación y el servilismo, como de la centralización entonces consumada. La teoría de la justicia penal volvió, como circularmente, casi á su punto de partida. Empezó creyéndose que la sociedad debía vengarse por sí misma de los daños que la afectaban, y acabó afirmándose que el castigo de los crímenes pertenece especialmente al soberano, como representante y mandatario del pueblo. Estos puntos de vista diferían sólo en el terror y majestad de que rodeaba al soberano esa suprema vigilancia de la justicia.

Esta doctrina romana sobre las relaciones del soberano y la justicia, ha impedido á la sociedad moderna sufrir los cambios que enseña la historia de las *questiones*. En el derecho primitivo de casi todas las razas de Europa occidental, existe la idea antigua de que el castigo del crimen pertenece á la asamblea de los hombres libres; y en algunos

Estados, dicese que Escocia es uno, el origen de los tribunales existentes está en una comisión legislativa. Pero el desarrollo del derecho criminal en todas partes depende de dos causas: el recuerdo del imperio romano y la influencia de la Iglesia.

Por una parte, la tradición de la majestad de los Césares, continuada por el poder de la dinastía de Carlomagno, rodeó al soberano de un prestigio impropio de un simple jefe bárbaro, y dió á todo potentado feudal carácter de tutor de la sociedad y representante del Estado. La Iglesia, por otra parte, para poner freno á la ferocidad sanguinaria, buscó y halló fragmentos de la Sagrada Escritura, en punto al castigo de los crímenes graves, donde se aprueba el poder confiado á los magistrados civiles. Con el Nuevo Testamento se demuestra que el poder secular existe para el terror de los malos, y se recuerda la frase del antiguo: «Al que vierta la sangre del hombre, el hombre le verterá la suya.»

Indudablemente, las ideas modernas sobre crímenes se fundan en dos proposiciones que sostuvo la Iglesia en la Edad media: 1.º Que todo jefe feudal, en la medida de su poder, podía asimilarse á los magistrados romanos de que habla San Pablo. 2.º Que las ofensas castigables por él eran las de los mandamientos de la ley de Dios, ó más bien, las que la Iglesia no se reservaba castigar. La herejía condenada en el primero y segundo mandamiento, y el adulterio y el perjurio se reservaban á los tribunales eclesiásticos, y la Iglesia sólo admitía la cooperación del brazo secular para imponer penas severas, en casos de gravedad extraordinarios. Ella también enseñó que la muerte y el robo, en todos casos, pertenecían á la jurisdicción civil, no por accidente, sino por mandato expreso de Dios.

FIN DE LA PARTE ESPECIAL

SUMARIO

CAPÍTULO VI

- Fases históricas del testamento.**—El feudalismo, los bárbaros, la Iglesia. —Errores que evita el estudio histórico
- Cuestiones previas sobre testamentos.**—La *universitas juris*—La sucesión universal: historia y caracteres de esta idea: su necesidad para el testamento.
- Caracteres del testamento primitivo.**—Su origen exclusivamente romano.
- Historia del testamento en Roma.**—El de los *comitia curiata*.—El mancipatorio: su origen é importancia histórica.—El del pretor. su origen y caracteres.—Ultima forma del testamento en Oriente.

CAPÍTULO VII

- La libertad de testar de las XII Tablas.**—Explicación.—Motivos del horror de los romanos á morir sin testamento.—*Libertad de testar del feudalismo*: limitación y explicación de esta libertad:
- Principio de la primogenitura.**—Ausencia entre los romanos y los bárbaros.—Su origen, historia y difusión.—La primogenitura como necesidad de la organización primitiva.—Diferencia entre ambas primogenituras.—Ampliación de los caracteres de la primitiva.

CAPÍTULO VIII

- La ocupación.**—Modo natural de adquirir.—Su definición y objeto.
- Su importancia en el derecho internacional.**—Sobre presas de guerra.—Sobre descubrimiento de países nuevos.
- Su importancia en la filosofía del derecho.**—Como origen de la propiedad privada.—Errores de Blackstone.—Opinión de Savigny.—Fundamento probable de la propiedad privada.
- Carácter colectivo de la propiedad primitiva.**—Su estudio en la India y otros países.—Formación gradual de la propiedad privada.
- Obstáculos á la circulación de la propiedad antigua.**—Remedios: 1.º la clasificación de los bienes; su estudio en Roma, la India y los bárbaros.—2.º la usucapión.—3.º la *cessio in iure*.
- Influencia de los tribunales en la propiedad.**—Por la diferencia de la propiedad y de la posesión.—Por la equidad: sus caracteres.—Origen de la propiedad feudal en la equidad.—Id. en la enfiteusis.